

Lebens“ und sind in ihren Detailregelungen feiner abgestimmt. Ob die starre Regelung des § 45 damit harmonisiert, wurde nicht überprüft. Die unlösbaren Schwierigkeiten, die sich schon mit der elastischeren fakultativen Regelung ergeben haben, lassen jedoch vermuten, daß das nicht der Fall ist⁴². Denn schon diese stört das systematische Gefüge dieser Normen und führt dort zu Widersprüchen.

⁴² In diesem Sinne speziell zu § 45 Abs. 1 StGB auch Jekwitz GA 1977, S. 169, 170; ders. GA 1981, S. 433 ff.

– Korrigierende Interpretationen sind im Strafrecht nicht möglich. Ihre Versuche führen zu Verzerrungen des Sanktionenrechts.

Abschließendes Ergebnis ist daher die Forderung, daß § 45 StGB als eklatanter Verstoß gegen die Regeln der Gestzgebungskunst⁴³ aus dem Strafgesetzbuch zu streichen ist.

⁴³ Vgl. BVerfGE 1, 13, 16 (Leitsatz 14): „Wenn die Fassung eines Gesetzes seinen wirklichen Gehalt nicht zum Ausdruck bringt, wenn sie mißverständlich oder irreführend ist, oder wenn das Gesetz in sich widerspruchsvoll ist, kann es wegen Widerspruchs mit den Grundsätzen des Rechtsstaats nichtig sein.“

Besprechungsaufsatz

Wiss. Mitarbeiter Thomas C. W. Beyer, Erlangen/Nürnberg, Wiss. Assistent Dr. Thomas M. J. Möllers, München

Die Europäisierung des Arbeitsrechts

– dargestellt am Problem der Sanktionierung einer geschlechtsspezifischen Diskriminierung durch den Arbeitgeber anlässlich der Begründung eines Arbeitsverhältnisses¹ –

I. Einleitung

Mit den Entscheidungen vom 14. 3. 1989, 8 AZR 447/87 und 8 AZR 351/86 konnte das BAG erstmals zum Problem einer erwaigen sich aus der Diskriminierung von Männern und Frauen bei der Bewerbung um einen Arbeitsplatz ergebenden Schadensersatzverpflichtung des Arbeitgebers Stellung nehmen. Das BAG betonte, daß nach § 611 a II BGB allein Ersatz des negativen Interesses zu gewähren sei, dies aber einem Schadensersatzanspruch eines diskriminierten Bewerbers wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts nicht entgegenstehe. So gewährte das BAG im ersten Fall einer im Bewerbungsverfahren um eine mit Spätdienst verbundene Stelle in einem Tierheim² nicht berücksichtigten Bewerberin gem. §§ 823 I, 847 BGB eine Entschädigung für erlittenen immateriellen Schaden, deren Höhe das BAG „im Normalfall“ mit einem Monatsverdienst bestimmte. Im zweiten Fall hatte eine aufgrund einer Arbeitsbeschaffungsmaßnahme eingestellte Freizeitpädagogin eine ihr angebotene, gleich hoch dotierte und unbefristete Stelle als Gruppenbetreuerin abgelehnt. Als sie ein halbes Jahr später bei der Ausschreibung um eine weitere Stelle eines Gruppenbetreuers nicht berücksichtigt wurde, sah das BAG hierin keine schwerwiegende, zum Schadensersatz verpflichtende Persönlichkeitsverletzung des Arbeitgebers.

Die vorliegenden Entscheidungen verdienen besonderes Interesse, weil das BAG bei der Urteilsfindung die Auslegung des nationalen Rechts im Hinblick auf die Anforderungen des Europarechts vornimmt: Mehrfach finden sich Stellen in den Urteilen, in denen das BAG explicit eine „richtlinienkonforme“ Auslegung³ der Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches zu Rate zieht. Die nachfolgende Untersuchung zeigt auf, daß den Urteilen des BAG im Ergebnis und in der Begründung – gerade auch im Hinblick auf die Aussagen zu Notwen-

digkeit und Reichweite der Heranziehung europäischen Rechts – weitgehend zuzustimmen ist⁴.

II. Problemstellung

Durch Art. 3 I i. V. m. Art. 1 I der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 9. 2. 1976⁵ wurde der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im arbeitsrechtlichen Bereich über die bloße Lohngleichheit gem. Art. 119 EWGV hinaus⁶ dahingehend erweitert, daß „bei den Bedingungen des Zugangs – einschließlich der Auswahlkriterien – zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen ... keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts“ erfolgen dürfe. Zu diesem Zweck hatten die Mitgliedstaaten gem. Art. 9 I innerhalb einer bestimmten Frist die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft zu setzen. In Erfüllung der Verpflichtung nach Art. 189 III EWGV wurde durch den bundesdeutschen Gesetzgeber zur Umsetzung der Richtlinie das sog. „Arbeitsrechtliche EG-Anpassungsgesetz“ vom 13. 8. 1980⁷ erlassen⁸. Mit Wirkung vom 21. 8. 1980 traten so auch die §§ 611 a und 611 b BGB in Kraft, die eine Diskriminierung des Arbeitnehmers wegen des Geschlechts verhindern sollen, indem sie dem diskriminierten Bewerber einen Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens zubilligen.

⁴ Ablehnend dagegen Wiese, Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses, JuS 1990, 357, 362.

⁵ Richtlinie Nr. 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen vom 9. 2. 1976, ABl. Nr. L 39/40 v. 14. 2. 1976.

⁶ Vgl. Schweitzer/Hummer, Europarecht, 3. Aufl., 1990, 357 f.; Jansen, in: Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, Loseblatt, Stand September 1989, Rdnr. 16 zu Art. 119 EWGV; Colneric, Gleichberechtigung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, BB 1988, 968, 971.

⁷ Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz); BGBl 1980 I, 1308 f.

⁸ Vgl. Eich, Das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz, NJW 1980, 2329 ff.; Zuleeg RdA 1984, 325, 326 f.; sowie die Schriftumsnachweise unter b) bei MünchKomm/Söllner, BGB, 2. Aufl., 1988, § 611 a BGB.

¹ Zugleich eine Besprechung der Urteile des BAG vom 14. 3. 1989 8 AZR 447/87, JZ 1990, 43 (in diesem Heft) = NJW 1990, 65 = DB 1989, 2279 = BB 1989, 2187 und 8 AZR 351/86, JZ 1990, 41 (in diesem Heft) = NJW 1990, 67.

² Der Betrieb unterfiel als mehrschichtiger Betrieb i. S. des § 19 II AZO insoweit nicht dem Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot für Frauen gem. § 19 I AZO.

³ Zur Bedeutung einer gemeinschaftskonformen Auslegung des nationalen Rechts im Privatrecht, Zuleeg, Gleicher Zugang von Männern und Frauen zu beruflicher Tätigkeit, RdA 1984, 325, 329.

Im Jahre 1982 wandten sich zwei deutsche Arbeitsgerichte mit Vorlagebeschlüssen gem. Art. 177 I, II EWGV mit Ersuchen um Vorabentscheidung hinsichtlich der Auslegung der Richtlinie Nr. 76/207/EWG an den EuGH⁹, da ihrer Auffassung nach die Gewährung allein eines Ersatzanspruches in Höhe des negativen Interesses gem. § 611 a II BGB die EG-Richtlinie nicht ordnungsgemäß umsetze. Denn der diskriminierte Bewerber könne im allgemeinen nur die Kosten der Bewerbung ersetzt bekommen¹⁰; als „Porto-Paragraph“¹¹ liefe § 611 a II BGB weitgehend leer. Der EuGH führte hierzu in seinen Entscheidungen vom 10. 4. 1984¹² aus, daß jeder Mitgliedstaat bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht gem. Art. 189 III EWGV zwar grundsätzlich in der Auswahl der Sanktionsmöglichkeiten für eine erfolgte Diskriminierung frei sei, die gewählte Sanktion jedoch in einem angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und über einen rein symbolischen Schadensersatz wie etwa die bloße Erstattung der Bewerbungskosten hinausgehen müsse. Trotz der deutlichen Worte des EuGH blieb der Gesetzgeber im Hinblick auf eine Änderung des § 611 a II BGB bis heute untätig. Gesetzesinitiativen des Landes Hessen¹³, der SPD-Fraktion und der Grünen im Deutschen Bundestag¹⁴ wurden abgelehnt. Ein Entwurf des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung ist noch in der Beratung¹⁵. Damit ist 14 Jahre nach der Richtlinie Nr. 76/207/EWG und sechs Jahre nach den Urteilen des EuGH in der Bundesrepublik eine wirkungsvolle Sanktion für den Fall der geschlechtsbezogenen Diskriminierung des Arbeitnehmers immer noch nicht gesetzlich geregelt. In der Judikatur unterer Arbeitsgerichte war daher stark umstritten, ob die nur den Ersatz des Vertrauensschadens gewährende Vorschrift des § 611 a II BGB eine abschließende Regelung darstelle¹⁶ oder ob darüber hinausgehend der diskriminierte Bewerber auch weitergehende Schadensersatzansprüche geltend machen könne¹⁷. Auch in der Rechtslehre ließ sich bis jetzt keine herrschende Auffassung ausmachen: Befürworter¹⁸ und Gegner¹⁹ weitergehender Scha-

densersatzansprüche halten sich etwa die Waage. Der Problemlösungsansatz des nun vorliegenden höchstgerichtlichen Spruches soll nachfolgend vor dem Hintergrund dieses Meinungsstreits diskutiert werden.

III. Problemlösung durch die Anwendung von Normen des europäischen Rechts

Zu Recht versucht das BAG in den vorliegenden Entscheidungen nicht, Normen des Europarechts direkt für die Problemlösung nutzbar zu machen. Wohl ist für den Bereich des *primären Gemeinschaftsrechts* die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 119 EWGV auch im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber anerkannt²⁰; jedoch ist der Norm – wie unter II. bereits dargestellt – über den Grundsatz des gleichen Entgelts hinaus kein weitergehendes Gleichbehandlungsgebot für Männer und Frauen hinsichtlich der sonstigen Arbeitsbedingungen zu entnehmen²¹.

Auch der unmittelbare Rückgriff auf *sekundäres*, d. h. orangeschaffenes *Gemeinschaftsrecht* in Gestalt der Richtlinie Nr. 76/207/EWG scheidet aus. Grundsätzlich kann zwar nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH auch einer durch einen Mitgliedstaat nicht fristgerecht²² in nationales Recht umgesetzten Richtlinie unmittelbare Wirkung für den nationalen Bereich zukommen²³, jedoch setzt diese – mittlerweile auch durch das BVerfG anerkannte²⁴ – Rechtswirkung voraus, daß die betreffende Richtlinie inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheint²⁵. Da jedoch die „Gleichbehandlungsrichtlinie“ Nr. 76/207/EWG auch nach der Auffassung des EuGH gerade *keine bestimmte Sanktion* für den Fall der Diskriminierung vorschreibt, sondern vielmehr den Mitgliedstaaten die Wahlfreiheit unter verschiedenen, geeigneten Lösungen beläßt²⁶, muß eine unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie im gegebenen Fall mangels inhaltlicher Klarheit ausscheiden²⁷.

⁹ *ArbG Hamm* v. 6. 12. 1982, DB 1983, 1102 und *ArbG Hamburg* v. 5. 7. 1982, BB 1983, 1858.

¹⁰ Nur wenn der Arbeitnehmer nach einer bereits erfolgten Zusage eine andere höherdotierte Stelle ausgeschlagen hat und nun diskriminiert wird, liegt der Vertrauensschaden höher: *MünchKommBöller*, (Fußn. 8), Rdnr. 19 zu § 611 a BGB; *Staudinger-Richardi*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1989, Rdnr. 59 zu § 611 a BGB; nach Ansicht von *Bertelsmann/Pfarr*, Diskriminierung von Frauen bei der Einstellung und Beförderung, DB 1984, 1297, Fußn. 12 ein „konstruierter Beispielfall“.

¹¹ Insoweit wird nicht nur der ohne Rechtsfolgen bedachte § 611 b, sondern auch § 611 a BGB als *lex imperfecta* bezeichnet; *Zuleeg* RdA 1984, 325, 327; *Hilger*, Verhandlungen des 54. DJT, Bd. II: Sitzungsberichte, Teil 0, 11.

¹² *EuGH* v. 10. 4. 1984, Rs 14/83 (von Colson und Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen), Slg 1984, 1891 = SAE 1984, 237 = EuGRZ 1984, 217 = NJW 1984, 2021 = BB 1984, 1231 = DB 1984, 1042 = NZA 1984, 157 = RdA 1984, 252 = EzA § 611 a BGB Nr. 1 = AP Nr. 1 zu § 611 a BGB. In Tenor und Entscheidungsgründen nahezu gleichlautend: *EuGH* v. 10. 4. 1984, Rs 79/83 (Harz gegen Deutsche Tradax GmbH), Slg 1984, 1921.

¹³ Bundesrats-Drucksache 180/83; 225/84.

¹⁴ Bundestags-Drucksache 10/156; 11/3266; 11/3728. S. dazu RdA 1986, 251 f.

¹⁵ Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Gleichbehandlung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz vom 20. 12. 1989.

¹⁶ *LAG Köln* v. 25. 6. 1986, Az: 2 Sa 1181/85 = LAGE Nr. 1; *LAG Niedersachsen* v. 23. 11. 1984, DB 1985, 1401 = NZA 1985, 327; *ArbG Nürnberg* v. 10. 10. 1986, Az: 12 Ca 2859/86, nicht veröff.

¹⁷ *ArbG Hamburg* v. 7. 3. 1985, DB 1985, 1402; *LAG Hamburg* v. 11. 2. 1987, DB 1988, 131 = AiB 1987, 268 (Vorinstanz zu *BAG NJW* 1990, 65); *ArbG Hamm* v. 6. 9. 1984, DB 1984, 2700 = ZIP 1984, 152; *ArbG Oberhausen* v. 8. 2. 1985, NZA 1985, 252; *ArbG Marburg* v. 24. 6. 1988, BB 1988, 2248 = DB 1988, 2519; *LAG Frankfurt a. M.* v. 11. 3. 1988, BB 1988, 1748.

¹⁸ *Bertelsmann/Pfarr* DB 1984, 1297, 1300 f.; *Bleckmann*, Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, DB 1984, 1574, 1576 f.; *Eckertz-Höfer*, Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zur Beschäftigung, JuS 1987, 611, 615 f.; *Eisemann*, Der Ersatz von immateriellen „Diskriminierungsschäden“, *ArbuR* 1988, 225, 230 ff.; *Zuleeg*

RdA 1984, 325, 330 ff.; *Staudinger-Richardi*, (Fußn. 10), Rdnr. 70 zu § 611 a; *MünchKommBöller*, (Fußn. 8), Rdnr. 20 zu § 611 a BGB; *Daubler*, Arbeitsrecht II, 4. Aufl., 1986, 623 f.

¹⁹ *Scholz*, Anmerkung zu *EuGH* 14/83 und 79/83, SAE 1984, 250, 253; *Soergel-Kraft*, BGB, Nachträge (Mai 1987), Rdnr. 29 zu § 611 a; *Wiese* JuS 1990, 357, 358; zurückhaltend auch *Birk*, Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Berufszugang, NZA 1984, 145, 147 ff.; *Erman-Hanau*, BGB, 8. Aufl., 1989, Rdnr. 16 zu § 611 a BGB.

²⁰ Vgl. insbesondere *EuGH* v. 8. 4. 1976, Rs 43/75 (Defrenne II), Slg 1976, 455, 476; Nachweis der weiteren Rspr. bei: *Eisemann* *ArbuR* 1988, 225, 228 mit Fußn. 47; zuletzt *EuGH* v. 17. 5. 1990, Rs C-262/88, (Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group), noch nicht in der aml. Slg.

²¹ *EuGH* v. 15. 6. 1978, Rs 149/77 (Defrenne III), Slg 1978, 1365, 1377 f. sowie die oben in Fußn. 6 Genannten.

²² Gleiches muß für die *ungenügende* Umsetzung einer Richtlinie durch den Mitgliedstaat gelten, da jedenfalls keine korrekte Umsetzung im gesetzten Zeitraum erfolgt; im Erg. ebenso: *Everling*, Zur direkten innerstaatlichen Wirkung der EG-Richtlinien: Ein Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung auf der Basis gemeinsamer Rechtsgrundsätze, in: *Börner/Jahrreiß/Stern*, Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift für Karl Carstens, Bd. 1, Köln 1984, 95, 101.

²³ Grundlegend *EuGH* v. 6. und 21. 10. 1970, Rs 9/70; 20/70; 23/70 (Grad u. a. – Leber-Pfennig), Slg 1970, 825; 861; 881; *EuGH* v. 17. 12. 1970, Rs 33/70 (SACE), Slg 1970, 1213; *EuGH* v. 4. 12. 1974, Rs 41/74 (van Duyn/Home Office), Slg 1974, 1337, 1348; *EuGH* v. 5. 4. 1979, Rs 148/78 (Ratti), Slg 1979, 1629, 1642; *EuGH* v. 19. 1. 1982, Rs 8/81 (Becker), Slg 1982, 53, 71; aus der Literatur vgl. nur: *Bleckmann*, Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der EG-Richtlinien, *RIW* 1984, 774 ff.; *Everling*, (Fußn. 22), 95 ff.

²⁴ Entscheidung v. 8. 4. 1987, *BVerfGE* 75, 223 = JZ 1988, 191 (*Rupp*) = NJW 1988, 1459 unter Aufhebung der gegenteiligen Rechtsprechung des BFH (*BFH* NJW 1985, 2103); dazu *Hilf*, Der Justizkonflikt um EG-Richtlinien: gelöst, *EuR* 1988, 1 ff.

²⁵ *EuGH* Slg 1982, 53, 71, Rdnr. 25.

²⁶ *EuGH* Slg 1984, 1891, 1907, Rdnr. 18; *EuGH* Slg 1984, 1921, 1940, Rdnr. 18.

²⁷ So auch *EuGH* Slg 1984, 1891, 1909, Rdnr. 27; *EuGH* Slg 1984, 1921, 1942, Rdnr. 27; vgl. *BVerfGE* v. 8. 4. 1987, *BVerfGE* 75, 223 = JZ 1988, 191 (*Rupp*) = NJW 1988, 1459, 1460: die durch die Richtlinie auferlegten Verpflichtungen dürfen keinen *Ausführungsakt* mehr erfordern; *Eisemann* *ArbuR* 1988,

Dessen ungeachtet müßte zudem eine etwa der Richtlinie zu entnehmende Sanktion vorliegend im Verhältnis des diskriminierten Arbeitnehmers zum Arbeitgeber greifen, wozu jedoch eine unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie auch Privaten gegenüber vorauszusetzen wäre („unmittelbare Drittwirkung“/„horizontale Drittwirkung“)²². Da jedoch der Annahme einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien die ratio zugrunde liegt, ein bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht säumiger Mitgliedstaat solle sich seinen Bürgern gegenüber nicht auf die eigene Untätigkeit berufen dürfen²³, werden von der unmittelbaren Anwendbarkeit grundsätzlich nur den einzelnen *begünstigende* Regelungen erfaßt²⁴.

Scheidet danach aber eine unmittelbare Wirkung belastender Richtlinienbestimmungen – wie hier die Sanktion wegen geschlechtsspezifischer Diskriminierung – aus, ist folglich auch eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien zwischen Privaten zu verneinen²⁵.

Entgegen Stimmen in der neueren Literatur erscheint demzufolge eine solche Direktwirkung von Richtlinien in Privatrechtsverhältnissen auch nicht unter Berufung auf die Erfordernisse einer „Rechtseinheit im Binnenmarkt“ begründbar²⁶. Damit ist für die vorliegende Problematik eine Lösung durch eine direkte Anwendung von Normen des europäischen Rechts nicht möglich²⁷.

IV. Problemlösung durch die Anwendung von Normen des nationalen Rechts

1. Ist der nationale Richter – im vorliegenden Fall also das BAG – daher hinsichtlich der Problemlösung auf die Normen der nationalen Rechtsordnung zu verweisen, so ist auf dieser Ebene zu fragen, wie das *Europarecht* auf das bundesdeutsche Recht *einwirkt*. Der *EuGH* hat hierzu in den beiden o. g. Vorabentscheidungen ausgeführt, „... daß das nationale Gericht bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch der Vorschriften eines speziell zur Durchführung der Richtlinie 76/207 erlassenen Gesetzes, dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen hat ...“²⁸. Eine derartige Bindung der Gerichte ergibt sich über die Zielverbindlichkeit der Richtlinien nach Art. 189 III EWGV aus der gem. Art. 5 I EWGV alle Träger öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten treffenden Verpflichtung zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts²⁹. Dabei bestimmt sich der Regelungsinhalt der Richtlinie nach der vom *EuGH* gegebenen Auslegung (Art. 177 I lit. b) EWGV)³⁰. Steht damit

die Verpflichtung des nationalen Richters zur *richtlinienkonformen Anwendung des nationalen Rechts* wohl im Grundsatz außer Streit, so rückt – wie auch aus den Urteilsgründen der BAG-Entscheidungen ersichtlich ist – indes die Frage nach deren konkreter Ausprägung und insbesondere Grenze in den Mittelpunkt der Überlegungen.

2. Erster „Testfall“ war für das BAG insofern das Problem der *Sanktionsmöglichkeit* des § 611 a II S. 1 BGB. Das Gericht sah hierbei die *Grenzlinie der richtlinienkonformen Auslegung* nationalen Rechts in Übereinstimmung mit den Grundsätzen dessen Auslegung am nationalen Verfassungsrecht als durch *Wortlaut der Norm und Wille des (nationalen) Gesetzgebers* gezogen an³¹. Mit diesem Verständnis der Reichweite einer gemeinschaftsrechtlichen Richtlinie in bezug auf die Interpretation der nationalen Rechtsordnung befindet sich das BAG nicht nur in Übereinstimmung mit der Rechtsliteratur³², sondern auch der Judikatur des *EuGH*, hatte dieser doch in den Entscheidungen vom 10. 4. 1984 ausgeführt, „... im Rahmen ihrer Zuständigkeiten ...“ sei es Sache der nationalen Gerichte, „... das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des *Beurteilungsspielraums*, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden“³³. Der Gerichtshof statuierte also die Pflicht des nationalen Richters zur „richtlinienkonformen“ Auslegung nur im Rahmen der diesem durch die nationale (insbesondere Verfassungs-)Rechtsordnung zukommenden Entscheidungskompetenz. Hiermit wäre es aber unvereinbar, wollte man § 611 a II S. 1 BGB über Wortlaut und erklärten Willen des Gesetzgebers hinaus eine weitergehende Ersatzfähigkeit als die des Vertrauensschadens entnehmen. Zu Recht hielt folglich das BAG die Vorschrift auch im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht für keiner erweiterten Auslegung zugänglich³⁴.

3. Fraglich erscheint jedoch, ob nicht für einen diskriminierten Bewerber aufgrund anderer Normen ein *weitergehender Ersatz des positiven Interesses*, der im Wege der Naturalrestitution grundsätzlich auch einen Einstellungsanspruch umfassen könnte, in Betracht kommt.

a) In bezug auf einen Anspruch wegen *Verschuldens bei Vertragsschluß* brauchte das BAG insofern nicht Stellung nehmen, als § 611 a II BGB nach wohl zutreffender Ansicht gerade als spezialgesetzliche Kodifizierung des Gedankens der culpa in contrahendo anzusehen ist³⁵.

b) Auch hinsichtlich eines *Schadensersatzanspruches* aus § 823 II BGB i. V. m. § 611 a I BGB konnte sich das BAG im konkreten Fall einer grundsätzlichen Entscheidung enthalten³⁶. Die hier anzustellende Betrachtung des Zusammenspiels

225, 229 f.; Zuleeg RdA 1984, 325, 328; differenzierend Bleckmann DB 1984, 1574 f.

²² Jansen, in: Grabitz, (Fußn. 6), Rdnr. 21 zu Art. 119 EWGV.

²³ Vgl. Eismann ArbuR 1988, 225, 229; Bleckmann DB 1984, 1574, 1575.

²⁴ Schweizer/Hummer, (Fußn. 6), 115 m. w. Nachw.

²⁵ EuGH v. 26. 2. 1986, Rs 152/84 (Marshall/Southampton Health Authority), Slg 1986, 723, 749, Rdnr. 48 – zu Art. 5 der RL 76/207/EWG; Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Gemeinschaft, 3. Aufl., 1987, 185; Bleckmann, (Fußn. 29) und Steindorff, Gleichbehandlung von Mann und Frau nach dem EG-Recht, RdA 1988, 129, 135; letztere auch zum Sonderfall, daß Fiskus als Arbeitgeber auftritt; hierzu auch EuGH aaO; Jansen, in: Grabitz (Fußn. 28).

²⁶ So aber Müller-Graff, Binnenmarktziel und Rechtsordnung: Binnenmarktrecht, Bergisch Gladbach, Köln 1989, 44 mit Fußn. 128, der jedoch die entgegenstehende Rechtsprechung des EuGH (Fußn. 31) als „fragwürdig“ bezeichnet.

²⁷ Eismann ArbuR 1988, 225, 230.

²⁸ EuGH Slg 1984, 1891, 1909, Rdnr. 26; EuGH Slg 1984, 1921, 1942, Rdnr. 26.

²⁹ EuGH (Fußn. 34); Grabitz, in: Grabitz, (Fußn. 6), Rdnr. 9 zu Art. 5 EWGV; Zuleeg RdA 1984, 325, 329 m. w. Nachw. zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der Bindungswirkung; hierzu vgl. auch: BVerfGE 75, 223 = JZ 1988, 191 (Rupp) = NJW 1988, 1459, 1460.

³⁰ Vgl. BVerfGE (Fußn. 35).

³¹ BAG NJW 1990, 65, 66 m. w. Nachw.

³² Vgl. Bleckmann DB 1984, 1574, 1576; Scholz SAE 1984, 250, 252; Eismann ArbuR 1988, 225, 230 mit dem bedenkenswerten Hinweis, auch die „gemeinschaftskonforme“ Auslegung dürfe nicht zu einer innerstaatlichen Wirkung einer Richtlinie führen, die dieser selbst mangels unmittelbarer Wirkung nicht zukommen könne.

³³ EuGH (Fußn. 34).

³⁴ EuGH Slg 1984, 1891, 1909, Rdnr. 28; EuGH Slg 1984, 1921, 1942, Rdnr. 28 (Hervorhebung von den Verf.).

³⁵ Vgl. Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung, BT-Drs. 8/3317 = BR-Drs. 353/79 = RdA 1980, 52.

³⁶ So auch Zuleeg RdA 1984, 325, 330; Bertelsmann/Pfarr DB 1984, 1297, 1298; Staudinger-Richardi, (Fußn. 10), Rdnr. 66 zu § 611 a BGB; Birk NZA 1984, 145, 149; LAG Niedersachsen NZA 1985, 327 f.; ArbG Hamburg DB 1985, 1402.

³⁷ Vgl. Zuleeg RdA 1984, 325, 331; auch Bertelsmann/Pfarr DB 1984, 1297, 1298 kommen zu einer Anwendung der Regeln über die culpa in contrahendo erst unter der – allerdings unzutreffenden – Annahme eines „Wegfalls“ des § 611 a II BGB, hierzu sogleich IV. 3. b) bb).

³⁸ BAG NJW 1990, 65, 67 unter B. II.

der europäischen und der nationalen Rechtsordnung muß diesen Punkt jedoch wenigstens skizzenhaft beleuchten.

aa) Unstreitig ist wohl § 611 a I BGB als Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB anzusehen⁴⁵, da die Rechtsnorm jedenfalls auch die Individualinteressen diskriminierter Bewerber schützen will⁴⁶.

bb) Problematisch erscheint der Rückgriff auf § 823 II BGB i. V. m. § 611 a I BGB jedoch insofern, als von einem gesetzgeberischen Willen der Begrenzung auch mit § 611 a II BGB konkurrierender Ansprüche auf Ersatz des negativen Interesses ausgegangen werden muß⁴⁷. Insbesondere an diesem Punkt hat sich daher die Diskussion um die Auswirkungen der EuGH-Entscheidungen vom 10. 4. 1984 entzündet, zumal der EuGH – angesichts der Kompetenzzuweisungen zwischen ihm und den nationalen Gerichten gem. Art. 4 I, 164 ff., insbesondere 177 EWGV⁴⁸ rein klarstellend – ausgeführt hatte, „über diese Frage der Auslegung des nationalen Rechts zu entscheiden“ sei „allein Sache des nationalen Gerichts“⁴⁹.

Hierbei sind die Gerichte jedoch – wie bereits gezeigt – zu einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts verpflichtet. Da der EuGH aber wiederum die Sanktionierung einer beim Zugang zur Beschäftigung erlittenen Diskriminierung *allein* durch Gewährung einer „rein symbolischen Entschädigung wie etwa die Erstattung ... (der) Bewerbungskosten“ als ungenügende Umsetzung der Richtlinie Nr. 76/207/EWG beurteilte⁵⁰, wurde in der Folgezeit durch Teile der Rechtsprechung⁵¹ und der Rechtslehre⁵² gerade unter Berufung auf eine „richtlinienkonforme“ Auslegung die Auffassung vertreten, § 611 a II BGB stehe dem Ersatz positiven Schadens aus § 823 II BGB nicht im Wege; § 611 a II BGB sei entweder nichtig⁵³ oder jedenfalls unanwendbar, so daß ein Anspruch auf das positive Interesse bejaht werden könne⁵⁴.

Beide Auffassungen sind indes unzutreffend. Gegen eine Nichtigkeit des § 611 a II BGB spricht, daß auch dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht nur ein *Anwendungs-* nicht aber ein die Nichtigkeit des nationalen Rechts bedeutender normenhierarchischer Geltungsvorrang zu entnehmen ist⁵⁵. Versuche, aus den Entscheidungen des EuGH in den Rs 14/83 und 79/83 auf eine Nichtigkeit des § 611 a II BGB zu schließen, können sich

daher nicht auf das Gemeinschaftsrecht berufen. Aber auch die Annahme einer „bloßen“ Unanwendbarkeit des § 611 a II BGB überschreitet die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung⁵⁶. Intention dieser Auslegung muß es nämlich sein, eine Interpretation des § 611 a II BGB zu ermitteln, die unter Wahrung der Absichten des nationalen Gesetzgebers zugleich den Anforderungen der Richtlinie Nr. 76/207/EWG in der vom EuGH gegebenen Deutung entspricht⁵⁷. Diese sind nach dem EuGH in der Festlegung einer gegenüber einer potentiellen Diskriminierung durch den Arbeitgeber hinreichend abschreckenden Sanktion zu sehen, die in einem „angemessenen Verhältnis“ zu dem erlittenen Schaden des diskriminierten Bewerbers zu stehen hat⁵⁸, wobei die Richtlinie nach Ansicht des EuGH aber gerade *nicht* die Gewährung eines Anspruchs auf Einstellung oder – gleichwertig – Ersatz des Erfüllungsschadens in Geld verlangt⁵⁹. Hiernach erscheint § 611 a II BGB sowohl dem Willen des Gesetzgebers im Hinblick auf eine Beschränkung des Schadensersatzes auf das negative Interesse⁶⁰ als auch den europarechtlichen Vorgaben durchaus gerecht zu werden, wenn man den *Ausschluß* darüberhinausgehenden Ersatzes *allein auf materielle Schäden begrenzt*, daneben aber einen Ersatz des durch einen diskriminierten Bewerber erlittenen immateriellen Schadens für möglich erachtet⁶¹. Damit wäre eine weitergehende Ausschlußwirkung allerdings unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht⁶². Diese Ansicht, zu der wohl auch das BAG tendiert⁶³, erweist sich damit zwar formal als „Minimallösung“⁶⁴, stellt jedoch angesichts der Untätigkeit des Gesetzgebers die einzig gebotene Möglichkeit des Ausgleichs zwischen nationaler und „europäischer“ Rechtslage dar⁶⁵.

Der Umstand, daß § 611 a II BGB nach der vorstehend entwickelten Auslegung einen Ersatz positiven Interesses über § 823 II BGB i. V. m. § 611 a I BGB sperrt, rechtfertigt sich auch aus folgender Überlegung: Das deutsche Arbeitsrecht kennt nach herrschender Meinung *kein allgemeines Diskriminierungsverbot*⁶⁶, das dem Arbeitgeber untersagt, einen Bewerber aus nicht sachbezogenen, den zu besetzenden Arbeitsplatz betreffenden Gründen abzuweisen. Folglich muß es dem Arbeitgeber z. B. freistehen, ob er Männer mit langen oder kurzen Haaren oder Jeans oder Anzug tragend bevorzugt.

⁴⁵ Bertelsmann/Pfarr DB 1984, 1297, 1300; Zuleeg RdA 1984, 325, 331; aus der Rspr. vgl. nur: LAG Hamburg DB 1988, 131, 132; LAG Frankfurt a. M. BB 1988, 1748, 1749; das BAG setzt den Schutzgesetzcharakter in NJW 1990, 65, 67 unter B. II. ganz offensichtlich voraus; kritisch jedoch: Erman-Hanau, (Fußn. 19), Rdnr. 16 zu § 611 a BGB.

⁴⁶ Palandt-Thomas, BGB, 49. Aufl., 1990, Anm. 9a zu § 823 BGB; Jauernig-Teichmann, BGB, 5. Aufl., 1990, Anm. III. 2 zu § 823 BGB; vgl. dazu: ArbG Hamm DB 1984, 2700; „§ 611 a BGB ... dient allein dem Schutz des Arbeitnehmers.“

⁴⁷ BT-Drs. 8/3317, S. 9, 13, 15; Stellungnahme der Bundesregierung vor dem EuGH in den Verfahren Rs 14/83 und Rs 79/83 in der durch den Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung vollständig wiedergegebenen Fassung, DB 1984, 1476 a. E.; Bertelsmann/Pfarr DB 1984, 1297; Bleckmann DB 1574, 1575; Birk NZA 1984, 145, 147.

⁴⁸ Vgl. auch Bleckmann DB 1984, 1574 mit Fußn. 1.

⁴⁹ EuGH Slg 1984, 1891, 1908, Rdnr. 25; EuGH Slg 1984, 1921, 1942, Rdnr. 25.

⁵⁰ EuGH Slg 1984, 1891, 1908, Rdnr. 24; EuGH Slg 1984, 1921, 1941, Rdnr. 24.

⁵¹ ArbG Hamm DB 1984, 2700; ArbG Hamburg DB 1985, 1402: „Außerachtlassung des richtlinienwidrigen § 611 a II BGB“.

⁵² Bertelsmann/Pfarr DB 1984, 1297, 1298: „§ 611 a II BGB als nicht mehr existent zu werten“; Bleckmann DB 1984, 1574, 1575 f.; „Ausschaltung des § 611 a BGB“; Eckertz-Höfer JuS 1987, 611, 615: „Anwendungssperre hinsichtlich § 611 a II BGB“.

⁵³ Für diese Möglichkeit offenbar Bertelsmann/Pfarr DB 1984, 1297, 1298 links oben.

⁵⁴ Bleckmann DB 1984, 1574, 1576.

⁵⁵ Schweitzer/Hummer, (Fußn. 6), 231; Birk NZA 1984, 145, 149 m. w. Nachw.; vgl. EuGH v. 15. 7. 1964, Rs 6/64 (Costa/ENEL), Slg 1964, 1251, 1269 ff.

⁵⁶ So auch ausdrücklich Zuleeg RdA 1984, 325, 329.

⁵⁷ Zum „normerhaltenden Prinzip“ bei der verfassungs- und gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung: Zuleeg RdA 1984, 325, 329.

⁵⁸ EuGH Slg 1984, 1891, 1908, Rdnr. 23; EuGH Slg 1984, 1921, 1941, Rdnr. 23.

⁵⁹ EuGH Slg 1984, 1891, 1907, Rdnr. 18 und EuGH Slg 1984, 1921, 1940, Rdnr. 18 nennen einen Einstellungsanspruch oder eine „angemessene finanzielle Entschädigung“ nur beispielhaft unter gleichzeitiger Betonung der Wahlfreiheit der Mitgliedstaaten (o. bei Fußn. 26); vgl. Zuleeg RdA 1984, 325, 329.

⁶⁰ Eismann ArbuR 1988, 225, 233 mit Nachw. zum Gesetzgebungsverfahren; Wiese JuS 1990, 357, 359 mit Fußn. 28; vgl. auch die Erklärung der Bundesregierung vor dem EuGH, EuGH Slg 1984, 1891, 1901 und EuGH Slg 1984, 1921, 1935 unter III. bzw. IV. des Tatbestandes; vollständige Fassung: DB 1984, 1476 f.; hierzu Replik von Bertelsmann/Pfarr DB 1984, 1882; ähnlich: Zuleeg RdA 1984, 325, 330; BAG NJW 1990, 65, 66 unter A. V.

⁶¹ Eismann ArbuR 1988, 225, 233 f.; Erman-Hanau (Fußn. 19), Rdnr. 18 zu § 611 a BGB; ArbG Hamm DB 1984, 2700, 2701; im Erg. wohl auch ArbG Hamburg DB 1985, 1402; vgl. ArbG Marburg BB 1988, 2248; ablehnend: die in Fußn. 16 genannten Arbeitsgerichte und Scholz SAE 1984, 250, 253; weitergehend insbesondere: Bertelsmann/Pfarr DB 1984, 1297, 1298 ff.; Bleckmann DB 1984, 1574, 1576 f.; Eckertz-Höfer JuS 1987, 611, 615 f.

⁶² Vgl. auch Zuleeg RdA 1984, 325, 330.

⁶³ BAG NJW 1990, 65, 66 und Ls. 1.

⁶⁴ Eckertz-Höfer JuS 1987, 611, 615.

⁶⁵ Vgl. Eismann ArbuR 1988, 225, 234.

⁶⁶ Auch aus dem umfassenden Verbot der Diskriminierung gem. § 75 BetrVG und dem Schutz vor Diskriminierung wegen gewerkschaftlicher Tätigkeit aus Art. 9 III S. 2 GG läßt sich kein allgemeines Diskriminierungsverbot herleiten; MünchKommSöllner, (Fußn. 8), Rdnr. 279 zu § 611 BGB; Hanau, Gedächtnisschrift Sir Otto Kahn-Freund, 1980, 457, 460, 475; Gamillscheg, Arbeitsrecht, Bd. I, 7. Aufl., 1987, NR. 33, 80 ff.; derselbe, Festschrift für Werner Weber, 1974, 793, 802 ff.; Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, 9. Aufl., 1988, 170 ff.

Nur im öffentlichen Dienst gibt es nach Art. 33 II GG ein Recht auf gleichen Zugang zum Arbeitsplatz, das dem Bewerber einen Anspruch auf Einstellung geben kann⁶². Die andere Auffassung⁶³, die die Grundsätze des Art. 33 II GG auch in der Privatwirtschaft anwenden will, verkennt, daß die Art. 3 II, III und Art. 9 III S. 2 GG nur spezielle Diskriminierungsverbote in bezug auf einzelne Merkmale wie Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat, Herkunft, Glaube, religiöse oder politische Anschauung sowie gewerkschaftliche Betätigung regeln. Für den Bereich des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses erfährt nun das Verbot der geschlechtsspezifischen Diskriminierung in § 611 a I BGB eine Konkretisierung dahingehend, daß Verstöße unter den dort geregelten Voraussetzungen durch einen Ersatzanspruch des diskriminierten Arbeitnehmers in bezug auf den erlittenen Vertrauensschaden sanktioniert werden. Versteht man § 611 a I BGB zutreffend nur als eine Ausprägung des allgemeinen Gebots der Gleichbehandlung der Geschlechter⁶⁴, so erscheint die Zulässigkeit der Beschränkung der Ersatzfähigkeit materiellen Schadens durch § 611 a II BGB ebenso evident wie die daneben bestehende Möglichkeit der Geltendmachung immaterieller Schäden⁶⁵. Insoweit bleibt auch beachtlich, daß positives wie negatives Interesse auf Ausgleich des Schadens gerichtet sind, während der immaterielle Schadensersatz als „Doppelfunktion“ neben dem Ausgleich die Genugtuung für erlittene seelische Kränkung zu leisten hat⁶⁶.

4. Ist nach alledem die Ersatzfähigkeit eines immateriellen Schadens, den ein Arbeitnehmer beim Zugang zur Beschäftigung durch eine aufgrund seines Geschlechts erfolgte Diskriminierung erleidet, nach §§ 823 I, 847 BGB wegen der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung des § 611 a II BGB geboten und zugleich aber auch systematisch möglich, so sollen nun die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs untersucht werden.

a) Das BAG nimmt in seinen Urteilen vom 14. 3. 1989 nur andeutungsweise zur Frage der Tatbestandsmäßigkeit einer Persönlichkeitsverletzung im gegebenen Kontext Stellung. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wurde durch richterliche Rechtsfortbildung als „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 I BGB entwickelt und ist seit langem durch das BVerfG anerkannt⁶⁷. Als Rahmenrecht⁶⁸ ist sein Tatbestand nicht fest umrissen, sondern für neue, jederzeit auftretende Konstellationen offen⁶⁹, wobei der Bildung von Fallgruppen entscheidende Bedeutung zukommt.

⁶² Dies setzt voraus, daß die sachgerechte Entscheidung nur auf Einstellung des Bewerbers lauten kann und noch kein anderer Bewerber auf die Planstelle eingestellt worden ist, vgl. zuletzt BVerfG v. 19. 9. 1989, NJW 1990, 501 sowie BVerfG v. 25. 8. 1988, NJW 1989, 538; s. in diesem Zusammenhang auch ArbB Bonn v. 16. 9. 1987, NZA 1988, 133, 134.

⁶³ Leopold, Einstellungsfragebogen und das Recht auf Arbeit, ArbUR 1971, 161, 165 f.; Badura, Grundfreiheiten der Arbeit, Zur Frage einer Kodifikation „sozialer Grundrechte“, Festschrift für Friedrich Berber, 1973, 11, 22; Otto, Personale Freiheit und soziale Bindung, 1978, 26 ff.; s. auch Wiedemann, Zur culpa in contrahendo beim Abschluß des Arbeitsvertrages, in Festschrift für Herschel 1982, 463, 474.

⁶⁴ Eismann ArbUR 1988, 225, 233; s. auch MünchKomm/Söllner, (Fußn. 10), Rdnr. 2 zu § 611 a BGB.

⁶⁵ Vgl. BAG NJW 1990, 65, 66 unter V.; Wiese JuS 1990, 357, 358. S. Birk NZA 1984, 145, 148; zur dogmatisch umstrittenen, aber im Ergebnis akzeptierten Doppelfunktion des Schmerzensgeldanspruchs s. Staudinger-Schäfer, BGB, 12. Aufl., 1986, Rdnr. 8 ff. zu § 847 BGB m. w. Nachw.; MünchKomm/Mertens, (Fußn. 8), Rdnr. 3 zu § 847 BGB; Erman-Schiemann (Fußn. 19), Rdnr. 1 zu § 847 BGB.

⁶⁶ Grundlegend: BVerfG v. 14. 2. 1973, BVerfGE 34, 269 = JZ 1973, 662 (Kübler).

⁶⁷ Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl., 1985, § 103 II, 729; BGH v. 10. 3. 1987, NJW 1987, 2667; Erman-Weinmayer, (Fußn. 19), Rdnr. 4 im Anhang zu § 12 BGB.

⁶⁸ Während z. B. nach Individual-, Privat- und Intimsphäre unterschieden wird, läßt sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch als Recht auf Achtung, auf Nichtverletzung der Person in ihren unmittelbaren Äußerungen (wie Er-

aa) Das BAG spricht in seinem Urteil zunächst davon, daß jeder Arbeitnehmer ein Recht habe, nach sachangemessenen Maßstäben beurteilt zu werden⁷⁰. Wie gerade gezeigt, besteht ein solches allgemeines Diskriminierungsverbot aber gerade nicht⁷¹, so daß unter diesem Gesichtspunkt eine Persönlichkeitsverletzung ausscheidet.

bb) Daneben bejaht das BAG ein Recht des Arbeitsplatzbewerbers auf chancengleiche Teilnahme am Auswahlverfahren. Werde durch eine im Geschlecht begründete Nichtberücksichtigung einem Bewerber die Teilnahme am Auswahlverfahren von vornherein verweigert, so liege hierin eine Herabwürdigung dessen beruflicher Fähigkeiten⁷². Insofern ist aber weitestgehend anerkannt, daß der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers die Möglichkeit zur individuellen Entfaltung in der beruflichen Beschäftigung als tragendes Element umfaßt⁷³.

cc) Schließlich liegt nach Ansicht des BAG in der Benachteiligung eines Menschen aufgrund seines Geschlechts zugleich eine Verletzung seiner Würde als Person⁷⁴. Nach heute herrschender Meinung ist das Recht auf persönliche Ehre ein Teil des Persönlichkeitsrechts⁷⁵. Unzweifelhaft gehört zur persönlichen Ehre die insbesondere durch § 825 BGB geschützte Geschlechtschre. Eine Ehrkränkung kann aber auch bei negativen Äußerungen über Rasse⁷⁶, Religion⁷⁷ oder parteiliche Zugehörigkeit⁷⁸ vorliegen. Insofern ist es nur konsequent, wenn das BAG auch in der geschlechtsbezogenen Diskriminierung des Arbeitnehmers eine die Würde beeinträchtigende Ehrverletzung⁷⁹ bejaht, da hier auch eine Fallgruppe der speziellen Diskriminierungsverbote vorliegt⁸⁰. Wie auch bei den anderen speziellen Differenzierungsverboten (Rasse, Religion, Politik) kommt es nicht auf zusätzliche besondere Umstände an⁸¹, sondern in der geschlechtsbezogenen Ablehnung liegt bereits eine die Ehrverletzung begründende Willkür. Hier trägt der Arbeitgeber die Beweislast; er muß sich entlasten⁸².

dd) Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts beim Zugang zur Beschäftigung in mehrfacher Weise auf den Persönlichkeitsbereich des Bewerbers einwirken kann. Wenn § 611 a I BGB ein

scheinungsbild, Schrift, Rede), ihrer sozialen Geltung (Ehre) und ihrem unmittelbar zugehörigen Daseinsbereich (Privat- und Intimsphäre) verstehen. Vgl. BGH v. 2. 4. 1957, BGHZ 24, 72, 78; Palandt-Thomas, (Fußn. 46), Anm. 14 B a-c zu § 823 BGB; Lorenz, Schuldrecht, Bd. II, 12. Aufl., 1981, § 72 III, 623, 629.

⁷⁰ BAG NJW 1990, 65 unter A. II; ebenso als Vorinstanz: LAG Hamburg DB 1988, 131, 132.

⁷¹ Oben IV. 3. b) bb); im Ergebnis auch Wiese JuS 1990, 357, 359.

⁷² BAG (Fußn. 75).

⁷³ Vgl. in diesem Zusammenhang die Bejahung eines allg. Beschäftigungsanspruches des Arbeitnehmers, BAG GS v. 27. 2. 1985, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = NJW 1985, 2968, 2969 m. umfangreichen Nachw.; allgemein: Eismann ArbUR 1988, 225, 231 m. w. Nachw.; gegen ein „Persönlichkeitsrecht auf Betätigung der Arbeitskraft“ aber Wiese JuS 1990, 357, 361.

⁷⁴ BAG (Fußn. 75).

⁷⁵ S. Staudinger-Schäfer (Fußn. 71), Rdnr. 233 zu § 823 BGB m. w. N.; A. A. Fikentscher (Fußn. 73), § 103 II 2 e, 739.

⁷⁶ BGH v. 1. 2. 1972, LM § 847 NR. 44 = MDR 1972, 505 = VersR 1972, 486; Keine Aufstiegschancen wegen dunkelhäutiger Ehefrau.

⁷⁷ BGH v. 18. 9. 1979, BGHZ 75, 160 = JZ 1979, 811: Rechtfertigung der Judenmorde unter dem Nationalsozialismus.

⁷⁸ BGH v. 9. 2. 1982, MDR 1982, 568: „Filzokratie“ – Vorwurf hins. einseitiger Stellenauswahl nach der Parteimitgliedschaft.

⁷⁹ Vgl. Birk NZA 1984, 145, 148.

⁸⁰ In diesem Zusammenhang verkennt die Polemik von Wiese JuS 1990, 357, 360, der Arbeitgeber würde durch § 611 a I BGB zu Unwahrheiten veranlaßt, da er nach Sympathie und Antipathie, nicht aber nach den Geschlechtern differenzieren dürfe, daß das Verbot der geschlechtsbezogenen Diskriminierung eben auch eine „Differenzierung der Sympathie“ nach Mann und Frau untersagt.

⁸¹ So aber Wiese JuS 1990, 357, 360.

⁸² A. A. wohl Wiese JuS 1990, 357, 360, der den „objektiven Befund“ gerade nicht ausreichen läßt.

entsprechendes Verhalten des Arbeitgebers untersagt, ist darin folglich eine *Konkretisierung des Persönlichkeitschutzes des Arbeitnehmers* für bestimmte Fallgruppen zu sehen⁸⁸. Demzufolge ist ein Verstoß gegen § 611 a I BGB grundsätzlich geeignet, das Persönlichkeitsrecht des wegen seines Geschlechts Zurückgewiesenen zu verletzen. Dies folgt wiederum auch aus der auf die nationale Rechtslage einwirkenden Europäischen Rechtsordnung, in der – ausgehend von Art. 119 EWGV und nicht zuletzt getragen durch die Richtlinie Nr. 76/207/EWG – mittlerweile der Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter im Arbeitsleben als *Gemeinschaftsgrundrecht* anzusehen ist⁸⁹. Die durch Art. 3 I der Richtlinie Nr. 76/207/EWG angeordnete Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung auf die „Bedingungen des Zugangs – einschließlich der Auswahlkriterien – zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen“ führt zudem dazu, daß der der Durchsetzung der Richtlinie dienende § 611 a I BGB geschlechtsspezifische Diskriminierungen bereits hinsichtlich der Teilnahme am Auswahlverfahren untersagt⁹⁰.

b) Fraglich ist, ob die geschlechtsbezogene Diskriminierung *regelmäßig* das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt, wie das BAG annimmt⁹¹. Dagegen spricht, daß Rechtsprechung und Rechtslehre für die Feststellung des Tatbestandes der allgemeinen Persönlichkeitsrechtsverletzung immer die Notwendigkeit einer Güter- und Interessenabwägung betonen, d. h. daß im Einzelfall unter sorgsamer Würdigung aller Umstände, insbesondere der Verhältnismäßigkeit abzugrenzen ist, ob der Eingriff befugt war oder nicht⁹². So stehen sich bei Presseveröffentlichungen üblicherweise das Persönlichkeitsrecht und die Presse- bzw. Meinungsfreiheit gegenüber; keines der Grundrechte hat grundsätzlich Vorrang vor dem anderen⁹³. Vorliegend kollidieren das Persönlichkeitsrecht auf Gleichbehandlung der Geschlechter bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses und die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers. Letztere wurde aber in bezug auf die Berücksichtigung von Bewerbern im Auswahlverfahren durch § 611 a I BGB eingeschränkt⁹⁴; das Recht auf Gleichbehandlung der Geschlechter sollte Vorrang vor der Vertragsfreiheit haben. Diese Wertung ist auf den durch § 611 a I BGB konkretisierten Persönlichkeitsschutz zu übertragen: Die in der Vertragsfreiheit verkörpert Interessen des Arbeitgebers haben insoweit regelmäßig hinter den *Anspruch des Bewerbers auf persönlichkeitsachtende Berücksichtigung im Rahmen des Zugangs zu einer Beschäftigung* zurückzutreten⁹⁵. Damit ist die Auffassung des BAG zutreffend, dem Verstoß gegen § 611 a I BGB komme hinsichtlich einer Persönlichkeitsverletzung Regelcharakter zu.

c) Schließlich ist die Diskriminierung als ein Verstoß gegen die objektive Pflicht auf Gleichbehandlung von Männern und

Frauen bei der Bewerbung um einen Arbeitsplatz für die Bejahung der Persönlichkeitsverletzung entscheidend. Nicht erforderlich ist, daß der Arbeitnehmer ohne die Diskriminierung eingestellt oder befördert worden wäre⁹⁶.

d) Ein Anspruch auf Unterlassung, Gegendarstellung, Widerruf, etc. kommt nicht in Betracht. Insoweit ist der *Schmerzensgeldanspruch* einschlägig, weil Genugtuung anderweitig nicht erlangt werden kann⁹⁷.

aa) Voraussetzung für die Zuerkennung einer solchen Entschädigung ist weiterhin das Vorliegen einer schuldhaften, *schwerwiegenden* Verletzung des Persönlichkeitsrechts, wobei insbesondere Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessen- oder Rufschädigung, Anlaß oder Beweggrund des Handelnden sowie Grad seines Verschuldens zu berücksichtigen sind⁹⁸. Diesbezüglich argumentiert das BAG, die in der geschlechtsspezifischen Diskriminierung beim Zugang zum Arbeitsplatz liegende Persönlichkeitsverletzung müsse regelmäßig als anspruchsbegründend anzusehen sein, weil die EG-Richtlinie 76/207 bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot eine wirkungsvolle, in angemessenem Verhältnis zum erlittenen Schaden stehende Sanktion verlange⁹⁹ – ein klassischer Zirkelschluß, der sich gleichwohl auf eine Literaturmeinung berufen kann¹⁰⁰. In diesem Zusammenhang hilft jedoch auch die Anführung des Art. 5 EWGV durch das BAG nicht weiter, da auch die richtlinienkonforme Auslegung von Bestimmungen der nationalen (Privat-)Rechtsordnung nicht dazu führen kann, sich im Einzelfall über deren anspruchsbegründende Voraussetzungen hinwegzusetzen¹⁰¹. Dem Gericht ist allerdings zuzugeben, daß die *Zielsetzung der Richtlinie* Nr. 76/207/EWG, „in den Mitgliedstaaten den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen insbesondere dadurch zu verwirklichen, daß den Arbeitnehmern beiderlei Geschlechts tatsächliche Chancengleichheit beim Zugang zur Beschäftigung gewährleistet wird“¹⁰², über Art. 189 III EWGV als Regelungsziel des § 611 a I BGB in der nationalen Rechtsordnung festgeschrieben wurde. Verstöße des Arbeitgebers gegen § 611 a I BGB laufen damit aber den derart ausdrücklich anerkannten besonderen Schutzinteressen von Arbeitsplatzbewerbern zuwider und werden schon daher *nach den oben genannten allgemeinen Kriterien regelmäßig als schwerwiegend und damit entschädigungsbegründend* zu werten sein¹⁰³.

Andererseits sind im Einzelfall gleichwohl besondere Umstände denkbar, die den Vorwurf einer erheblichen Persönlichkeitsverletzung entfallen lassen können. So beurteilte das BAG in der eingangs geschilderten zweiten Entscheidung das Verschulden des Arbeitgebers als „sehr gering“, weil dieser der Bewerberin kurz vor der Nichtberücksichtigung aus Gründen des Geschlechts eine gleich hoch dotierte andere Stelle angeboten hatte¹⁰⁴.

⁸⁸ Vgl. *Bertelsmann/Pfarr* DB 1984, 1297, 1300; ihnen folgend das BAG (Fußn. 75); ähnlich *ArbG Hamburg* DB 1985, 1402; A. A. jedoch *Wiese* JuS 1990, 357, 359, mit der allerdings wenig überzeugenden Begründung, die Annahme einer Konkretisierung des allg. Persönlichkeitsrechts durch § 611 a BGB sei unzutreffend, da „der Gesetzgeber mit § 611 a BGB allein für das Arbeitsvertragsrecht einschließlich der Begründung des Arbeitsverhältnisses eine Regelung (habe) schaffen wollen; deliktsrechtliche Folgen blieben unberücksichtigt“ (sic!).

⁸⁹ *Zuleeg* RdA 1984, 325, 331; *Jansen*, in *Grabitz* (Fußn. 6), Rdnr. 1 zu Art. 119 EWGV; *LAG Hamburg* DB 1988, 131, 132.

⁹⁰ Im Ergebnis wie hier *LAG Frankfurt a. M.* BB 1988, 1748; *LAG Hamburg* DB 1988, 131. ⁹¹ *BAG* (Fußn. 75); ebenso *ArbG Marburg* BB 1988, 2248.

⁹² Zu den Abwägungskriterien vgl. *Palandt-Thomas* (Fußn. 46), Anm. 14 D a-b zu § 823 BGB.

⁹³ *BVerfG* v. 24. 2. 1971, *BVerfGE* 30, 173 = *JZ* 1971, 544 = *NJW* 1971, 1645; *BVerfG* v. 5. 6. 1973, *BVerfGE* 35, 202 = *JZ* 1973, 509 = *NJW* 1973, 1226; *Erman-Weinmayer* (Fußn. 19), Rdnr. 4 b im Anhang zu § 12 BGB; *Larenz*, Schuldrecht (Fußn. 74), § 72 III, 624–629.

⁹⁴ So auch *Wiese* JuS 1990, 357, 359; zurückhaltend: *Scholz* SAE 1984, 250, 251.

⁹⁵ Ähnlich: *Eisemann* *ArbuR* 1988, 225, 231 f.

⁹⁶ *Zuleeg* RdA 1984, 325, 331; *Erman-Hanau* (Fußn. 19), Rdnr. 16 zu § 611 a BGB; im Ergebnis auch *Bertelsmann/Pfarr* DB 1984, 1297, 1300 f.

⁹⁷ Die Ersatzfähigkeit des immateriellen Schadens bei einer Verletzung des allg. Persönlichkeitsrechts in Geld ist inzwischen weitgehend anerkannt. S. statt aller nur *Staudinger-Schäfer* (Fußn. 71), Rdnr. 140–144 zu § 847 BGB; zurückhaltend noch *Larenz*, Schuldrecht, (Fußn. 74), § 72 III, 630.

⁹⁸ St. Rspr.; zuletzt *BGH* v. 22. 1. 1985, *NJW* 1985, 1617, 1619 m. w. Nachw. ⁹⁹ *BAG* *NJW* 1990, 65, 66 unter A. VI. 2.

¹⁰⁰ *Bertelsmann/Pfarr* DB 1984, 1297, 1300.

¹⁰¹ So ausdrücklich auch das BAG *NJW* 1990, 65, 67 unter B. I. zur Unverzichtbarkeit des Kausalitätserfordernisses im Rahmen des § 611 a II BGB; zu den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung s. oben IV. 2.

¹⁰² *EuGH* Slg. 1984, 1891, 1906, Rdnr. 17; *EuGH* Slg. 1984, 1921, 1940, Rdnr. 17.

¹⁰³ A. A. *Erman-Hanau* (Fußn. 19), Rdnr. 16 zu § 611 a BGB; *Wiese* JuS 1990, 357, 361.

¹⁰⁴ *BAG* *NJW* 1990, 67, 68; Die Kritik von *Wiese* (Fußn. 103), das BAG würde

bb) Auch bei der Höhe des Schadensersatzanspruches ist vieles umstritten. Die Auffassungen reichen von der Zuerkennung eines Schmerzensgeldes in Höhe „mehrerer Monatsgehälter nach billigem Ermessen des Gerichts“¹⁰⁵ über die Annahme einer Regelentschädigung im Umfang von sechs Monatsgehältern¹⁰⁶ bis zur Ablehnung eines einmonatigen Lohnanspruches¹⁰⁷, der andererseits gerade als Untergrenze gesehen wird¹⁰⁸. Nach Ansicht des BAG ist nunmehr „im Normalfall“ eine Entschädigung in Höhe eines Monatsverdienstes zu gewähren¹⁰⁹. In Ermangelung einer gesetzgeberischen Entscheidung müßten die Gerichte die Bemessung der Entschädigung im Spannungsverhältnis der Forderung der Richtlinie Nr. 76/207/EWG nach einer wirksamen und angemessenen Sanktion gegen geschlechtsspezifische Diskriminierungen¹¹⁰ und des in § 611 a II BGB dokumentierten Willens des nationalen Gesetzgebers, derartige Diskriminierungen „nur insoweit zu sanktionieren, als dies nach EG-Recht unbedingt erforderlich ist“, vornehmen¹¹¹. Diese Überlegungen verdienen Zustimmung, da sie sich im Rahmen der in dieser Untersuchung entwickelten Grundlagen der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts¹¹² bewegen.

V. Abschließende Wertung und Ausblick

Es wurde aufgezeigt, daß den Ausführungen des BAG in den Entscheidungen v. 14. 3. 1989 hinsichtlich der *lege lata* gegebenen Sanktionsmöglichkeiten im Falle einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beim Zugang zur Beschäftigung weitgehend zuzustimmen ist. Insoweit sich das BAG einer konkreten Stellungnahme zur Reichweite der „Sperrwirkung“ des § 611 a II BGB im Bereich materieller Schadensersatzansprüche enthalten konnte, ist auch angesichts einer gebotenen richtlinienkonformen Auslegung der Norm eine über den Vertrauensschaden hinausgehende Ersatzfähigkeit abzulehnen. In den Urteilen des BAG wird zudem in weitgehend zutreffender Weise deutlich, daß in der spezifischen Fallkonstellation eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des bundesdeutschen Zivilrechts notwendig¹¹³ aber auch möglich ist¹¹⁴. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH werden zudem die – in der Literatur oftmals unscharf gesehenen¹¹⁵ – Grenzen dargelegt, denen die richtlinienkonforme Auslegung unterworfen ist.

den Einzelfall nicht berücksichtigen, geht insoweit ins Leere; differenzierend schon LAG Nürnberg v. 22. 1. 1988, Az: 2 (5) Sa 105/86, nicht veröff.

¹⁰⁵ Bertelsmann/Pfarr DB 1984, 1297, 1301.

¹⁰⁶ ArbG Hamm DB 1984, 2700, 2701; ArbG Hamburg DB 1985, 1402; LAG Hamburg DB 1988, 131, 133.

¹⁰⁷ Wiese JuS 1990, 357, 361 f.

¹⁰⁸ Birk NZA 1984, 145, 148.

¹⁰⁹ BAG NJW 1990, 65, 67 unter A. VII. 2. b).

¹¹⁰ Dies findet insbesondere bei Wiese JuS 1990, 357 ff. zu wenig Berücksichtigung.

¹¹¹ Vgl. Eismann ArbU 1988, 225, 234; Zuleeg RdA 1984, 325, 330; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 6. Aufl., 1987, § 165 XI., 1078.

¹¹² Vgl. insbesondere Bertelsmann/Pfarr DB 1984, 1297, 1298.

¹¹³ Hanau, Gedächtnisschrift Sir Otto Kahn-Freund, 1980, 457, 458 ff.; Birk NZA 1984, 145, 146 f.

¹¹⁰ EuGH (Fußn. 58).

¹¹¹ BAG (Fußn. 109).

¹¹² Oben IV. 1., 2.

*Rechtsvergleichend*¹¹⁶ ist festzustellen, daß sich der Rechtszustand im gegebenen Zusammenhang in der Bundesrepublik Deutschland mit der Bejahung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung und der Gewährung eines Monatsgehalts als angemessener Sanktion dem internationalen Rechtsstandard angenähert hat. Dabei entspricht die Annahme eines speziellen Diskriminierungsverbots auf Gleichbehandlung der Geschlechter der internationalen Entwicklung¹¹⁷.

England, Irland, Dänemark und Belgien verurteilen den Arbeitgeber zu Schadensersatz, wenn er gegen das Diskriminierungsverbot verstößt¹¹⁸. Dabei bestimmen die aufgrund der EWG-Richtlinie erlassenen Gesetze bei erfolgter Diskriminierung Schadensersatzansprüche von sechs Monatsgehältern¹¹⁹ bis zu zwei Jahresgehältern in Irland¹²⁰. Frankreich bestraft die Diskriminierung in seinem Code penal sogar mit Haftstrafe bis zu einem Jahr oder 10 000 Franc Geldbuße. Außerhalb der EWG sehen auch die USA¹²¹, Norwegen¹²² und Schweden wirkungsvollen Schadensersatz bei der Diskriminierung wegen des Geschlechts vor. So regelt beispielsweise in den USA der Civil Rights Act von 1964 in der Fassung des Equal Employment Opportunity Act von 1972 in seinem § 2000 e 5 (g) weitreichende, im Ermessen des Richters stehende Sanktionsmöglichkeiten, wie den Abschluß eines Arbeitsvertrages zwischen Arbeitgeber und diskriminiertem Arbeitnehmer¹²³. Ähnlich wie jetzt das BAG in der Diskriminierung eine Herabwürdigung der beruflichen Fähigkeiten des ausgeschlossenen Bewerbers erblickt, gibt auch in Schweden § 6 II 1 des Gesetzes zur Gleichstellung von Mann und Frau im Arbeitsleben¹²⁴ einen Schadensersatzanspruch wegen der mit der Diskriminierung verbundenen Kränkung. In Japan schließlich ist im Falle der Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts im Rahmen des beruflichen Aufstiegs eine Verurteilung des Arbeitgebers anhand des entgangenen Erfüllungsinteresses möglich¹²⁵.

Dieser rechtsvergleichende Überblick belegt, daß trotz der durch das BAG angewendeten Sanktionsmöglichkeit in rechtspolitischer Hinsicht unverändert Handlungsbedarf in bezug auf eine Neufassung des § 611 a II BGB besteht, soll sich die „Europäisierung des Arbeitsrechts“ nicht auf den Bereich der Rechtsdogmatik beschränken.

¹¹⁷ Hanau (Fußn. 116), 469.

¹¹⁸ Dagegen ist die Nichtigkeit als Rechtsfolge der Diskriminierung im italienischen Recht gem. Art. 15 des Arbeitnehmerstatuts eine wenig effektive Sanktion.

¹¹⁹ Dänemark (Karnovs Lovsamling 1978, 1037); Belgien gewährt eine sechsmonatige Entschädigung nach dem Wortlaut des Art. 121 des Loi de réorientation économique Titre V nur bei der Entlassung eines Arbeitnehmers.

¹²⁰ ILO-Legislative Series 1978, 83.

¹²¹ Weitergehend sind hier Gesetze, welche die Ungleichbehandlung wegen Alter, politischer Mitgliedschaft, Familienstand oder Ausländereigenschaft verbieten. Vgl. hierzu Möllers/Bruschke, Voraussetzungen eines amerikanischen Arbeitsvertrages, JR 1989, 441, 442 m. w. Nachw.

¹²² Norsk Lovtidend 1978, 395.

¹²³ U.S.C. §§ 2000e-2000e-17; Publ.L. 92-261; 86 Stat. 118; Möllers/Bruschke JR 1989, 441 ff. m. w. Nachw.

¹²⁴ Lag om jämställdhet mellan Kvinnor och män i arbetslivet vom 17. 12. 1979, Svenska Författningssamling 1979, Nr. 1118.

¹²⁵ Nachrichtlich der SZ vom 6. 7. 1990.

Umschau

Nachruf

Karl Engisch †

Am 11. September 1990 ist Karl Engisch in Nieder-Wiesen, wo seine Familie ein kleines Anwesen hat, im 92. Lebensjahr gestorben. Er war

vollkommen im Besitz seiner geistigen Kräfte, aber er fühlte den nahenden Tod, und er hat ihn bewußt und im Frieden mit sich und seiner Welt angenommen. So wie er gelebt hat, so ist er gestorben: in Würde.

In der JZ ist Karl Engisch wiederholt gewürdigt worden: zu seinem 70. Geburtstag von Ulrich Klug (JZ 1969, 306), zu seinem 80. Geburts-